

## IL CONTROLLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SANZIONI ANTITRUST E L'ART. 6 CEDU.

SOMMARIO: 1. – *Introduzione: la «prima» dell'AGCM a Strasburgo.* – 2. – *Il problema dell'intensità del sindacato sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti.* – 3. – *Il controllo «debole» come criterio generale e quello «forte» per le sanzioni.* – 4. – *Il sistema di controllo della giurisprudenza amministrativa al vaglio della Corte di Strasburgo: il carattere «penale» delle sanzioni dell'AGCM.* – 5. – *La natura amministrativa dell'AGCM e la necessità di un controllo pieno sulle sue sanzioni.* – 6. – *Il controllo in concreto esercitato dai giudici amministrativi.* – 7. – *I riflessi per l'Unione europea e il problema degli altri provvedimenti.*

### 1. – *Introduzione: la «prima» dell'AGCM a Strasburgo.*

Con la sentenza *Menarini*, la Corte europea per i diritti dell'uomo, per la prima volta, si è occupata di un'«*autorité indépendante*» italiana e, in particolare, dell'intensità che deve avere il controllo del giudice sulle sanzioni che questa ha il potere d'infliggere.<sup>1</sup>

Il ricorso era stato presentato da un'impresa distributrice di prodotti farmaceutici, sanzionata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) per aver partecipato a un'intesa finalizzata alla fissazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato.

L'impugnazione proposta contro questa sanzione era stata rigettata tanto dal TAR del Lazio,<sup>2</sup> quanto dal Consiglio di Stato.<sup>3</sup> Infine, la Corte di cassazione aveva dichiarato irricevibile il ricorso proposto per un presunto vizio di giurisdizione.<sup>4</sup>

Innanzi alla Corte di Strasburgo, la *Menarini Diagnostics S.r.l.* sanzionata contestava la scarsa intensità del sindacato esercitato dai giudici amministrativi sul provvedimento dell'AGCM, che non sarebbe stato un controllo di «piena giurisdizione», e riteneva che questo comportasse una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, secondo cui ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata da un tribunale «chiamato a pronunciarsi [...] sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

La Corte europea ha rigettato il ricorso, perché ha rilevato che nel caso di specie il Consiglio di Stato ha potuto valutare il fondamento e la proporzionalità della sanzione e verificare se l'AGCM avesse effettivamente fatto buon uso dei propri poteri.

La sentenza svolge considerazioni interessanti sulla qualificazione da attribuire – ai sensi della Convenzione – alle sanzioni irrogate dall'AGCM, sulla natura di quest'organismo e, naturalmente, sul tipo di sindacato giurisdizionale a cui devono essere sottoposti i suoi provvedimenti.

### 2. – *Il problema dell'intensità del sindacato sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti.*

<sup>1</sup> ECtHR, sent. 27 settembre 2011, *Menarini c. Italie*. Su questa pronuncia si v. S. GOBBATO, *Art. 6 CEDU e sindacato giurisdizionale dei provvedimenti delle "Autorità amministrative indipendenti": un problema solo italiano?*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

<sup>2</sup> TAR Lazio (Roma), sent. 3 dicembre 2004, n. 2717.

<sup>3</sup> Cons. St., sent. 16 marzo 2006, n. 1397.

<sup>4</sup> Cass. S.U., sent. 17 marzo 2008, n. 7063.

La giusta intensità che dovrebbe avere il controllo del giudice – in particolare di quello amministrativo – sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti è in effetti un problema assai dibattuto, perché comporta il difficile bilanciamento tra esigenze differenti e, talvolta, divergenti.

Da un lato, è opportuno evitare l'espansione eccessiva del potere giurisdizionale che si avrebbe qualora il giudice, indossati i panni dello specialista, sostituisse le proprie valutazioni tecniche a quelle dell'organo appositamente istituito dalla legge per svolgere quel compito.<sup>5</sup> Dall'altro, è necessario garantire la tutela effettiva dei diritti e degli interessi dell'individuo, nel rispetto di quel diritto fondamentale al giudice riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 24, 103, 111, 113), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47)<sup>6</sup> e dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (art. 6).<sup>7</sup>

I possibili modelli di scrutinio sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione sono diversi: in letteratura si distingue tra sindacato «estrinseco», effettuato applicando massime di esperienza appartenenti al comune sapere, e «intrinseco», svolto mediante le cognizioni proprie degli specialisti del settore, nonché tra controllo «forte», nel quale il giudice può sostituire la propria valutazione a quella dell'organo tecnico, e «debole», che consente solamente una verifica sulla correttezza del procedimento seguito e sulla logicità e coerenza del provvedimento.<sup>8</sup>

Il tema è legato a quello della natura delle Autorità amministrative indipendenti e, in particolare, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), che più di altre è stata accostata, per l'attività svolta e il procedimento seguito, agli organi giurisdizionali o comunque considerata differente rispetto all'amministrazione tradizionale.<sup>9</sup>

Chi aderisce a quest'orientamento spesso ritiene che il giudice – soprattutto quello amministrativo – debba prestare una particolare «deferenza» nei confronti dell'Autorità, giustificata dal rispetto della scelta legislativa di affidarle compiti che richiedono un'elevata specializzazione in economia e una forte autonomia: se le decisioni dell'AGCM venissero sindacate come quelle delle amministrazioni tradizionali, ne

---

<sup>5</sup> M. BELCREDI, *La sostanza e la forma: economia della giurisdizione*, in "Analisi giuridica dell'Economia", n. 2/2002, pp. 477 e ss. mette in luce l'esistenza di un *trade-off* tra efficacia degli atti e garanzie sulla loro correttezza.

<sup>6</sup> Com'è noto, il Trattato di Lisbona è intervenuto sull'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, attribuendo alla c.d. Carta di Nizza «lo stesso valore giuridico dei trattati». L'apparente chiarezza dell'art. 51 della Carta, che ne limita l'applicazione agli organi comunitari e a quelli degli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», non ha impedito che divampasse il dibattito circa la reale portata delle sue norme. Rinviamo per queste questioni a M. CARTABIA, *Ambito di applicazione*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001, pp. 344 e ss., e a V. SCIARABBA, *Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova 2008, pp. 139 e ss., non si può non avanzare l'idea che la Carta possa e debba essere richiamata a parametro dei provvedimenti dell'AGCM che costituiscono applicazione diretta degli artt. 101 e 102 TFUE.

<sup>7</sup> V. ONIDA, *La giurisdizione nelle materie a base tecnica*, in M. DE ANGELIS, *Le autorità indipendenti tra normazione e giurisdizione*, Ancona 2006, pp. 12 e ss.

<sup>8</sup> R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino 2006, pp. 245 e ss..

<sup>9</sup> Si v., nel volume di S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996 i seguenti contributi: S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, pp. 165 e ss., C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, pp. 69 e ss., L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, pp. 56 e ss.; si v. anche, tra gli altri, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 1997, pp. 645 e ss.; E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, pp. 111 e ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, *passim*.

risulterebbero sminuite l'autorevolezza e la stessa indipendenza.<sup>10</sup> Inoltre, si osserva, il controllo del giudice, che non è esperto della materia, rischierebbe di rivelarsi apparente o addirittura fuorviante.<sup>11</sup>

Come modello viene quindi proposto il tipo di sindacato adottato dalle Corti statunitensi sugli atti delle agenzie, che possono essere annullati solo quando siano illegittimi o irragionevoli, mentre il giudice deve mostrare «deferenza» qualora il significato della norma invocata come parametro non sia univoco.<sup>12</sup>

Altri, invece, obiettano che, se anche l'AGCM si limitasse ad applicare le norme giuridiche senza esercitare poteri discrezionali, sarebbe comunque opportuno che ci fosse un giudice a verificare la correttezza dell'interpretazione svolta dall'Autorità.<sup>13</sup> Inoltre, si sottolinea che in uno Stato di diritto «ogni potere ha un giudice ed a tale regola, proprio per la sua generalità, non possono certo sfuggire le autorità indipendenti», con la conseguenza che la loro decisione non può costituire «uno schermo che limita la cognizione dei fatti».<sup>14</sup>

### *3. – Il controllo «debole» come criterio generale e quello «forte» per le sanzioni.*

A ben vedere, il modello di sindacato non può essere unico, ma deve essere calibrato sui caratteri dell'attività svolta in concreto dall'AGCM.

La legge n. 287 del 1990, infatti, all'interno dei provvedimenti *antitrust*, impugnabili davanti al giudice amministrativo (art. 33), distingue le sanzioni, per le quali si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni della legge n. 689 del 1981, il cui art. 23 sancisce il potere dell'organo giudicante sia di annullarle, sia di modificarle «anche limitatamente all'entità».<sup>15</sup>

Su questa base, la giurisprudenza amministrativa distingue il sindacato in via generale sui provvedimenti dell'AGCM da quello, più penetrante, sulle sanzioni.<sup>16</sup>

Nel primo caso il controllo è «intrinseco», perché il giudice può accedere direttamente al fatto (eventualmente anche mediante CTU)<sup>17</sup> avvalendosi delle stesse conoscenze tecniche applicate dall'Autorità per valutare le prove raccolte da questa e quelle presentate dalle imprese a loro difesa. Si tratta, però, di un sindacato «debole», nel quale l'organo giurisdizionale deve limitarsi a verificare se il provvedimento appaia logico, congruo, ragionevole e correttamente motivato, in considerazione delle

<sup>10</sup> L. PANZANI, *Autorità indipendenti e giudici*, in "Analisi giuridica dell'Economia", n. 2/2002, p. 420; si v. anche M. BELCREDI, *La sostanza e la forma*, p. 480; E. MIDENA, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, in G. VESPERINI, G. NAPOLITANO (a cura di), *Le autorità indipendenti: norme procedimento e giudice*, Viterbo 1998, pp. 113 e ss..

<sup>11</sup> N. RANGONE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in G. VESPERINI, G. NAPOLITANO (a cura di), *Le autorità indipendenti: norme procedimento e giudice*, Viterbo 1998, pp. 91 e ss..

<sup>12</sup> US Supreme Court, *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 US 837 (1984). Peraltro, la decisione aveva a oggetto l'attività regolatoria dell'agenzia, non quella di «aggiudicazione». Per un'analisi più approfondita si v. F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti «regolatrici»*, in "Mercato concorrenza regole", a. II, n. 3/2000, pp. 471 e ss..

<sup>13</sup> F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2011, pp. 113 e ss..

<sup>14</sup> R. CARANTA *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, pp. 165 e ss..

<sup>15</sup> Quest'ultima disposizione è stata abrogata dal d. lgs. n. 150 del 2011 di semplificazione dei procedimenti civili, ma la sua sostanza normativa risulta trasferita nell'art. 6 dello stesso decreto ed è possibile ipotizzare, con una certa sicurezza, che il rinvio possa intendersi trasferirsi alla nuova disposizione.

<sup>16</sup> Si v., tra le altre, Cons. St., sent. 23 aprile 2002, n. 2199.

<sup>17</sup> Const. St., sent. 4 ottobre 2005, n. 5287, però, precisa che non sarebbe ammissibile «far ripercorrere dal consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione».

esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e per rispetto della scelta del legislatore di affidare la tutela della concorrenza a un'autorità specializzata.<sup>18</sup>

Per esempio, al giudice è consentito censurare la delimitazione del mercato rilevante effettuata dall'AGCM qualora appaia inattendibile, ma non individuarlo direttamente.

Si tratta pur sempre di un giudizio sul corretto esercizio di un potere, ma «ormai lontano dal classico modello di controllo giudiziale di legittimità sull'attività amministrativa».<sup>19</sup>

Nel caso delle sanzioni, invece, il sindacato può spingersi fino alla sostituzione della misura inflitta dall'AGCM, se questa è fondata su presupposti di fatto errati, è illogica o illegittima rispetto ai parametri rappresentati dall'art. 15 della legge n. 287 del 1990 e dall'art. 11 della legge n. 681 del 1981, oppure è semplicemente iniqua. In questo caso, si osserva, il controllo dovrebbe essere più intenso anche sull'accertamento della condotta illecita, perché solo così è possibile giustificare l'intervento sulla misura della sanzione.<sup>20</sup>

Se TAR del Lazio e Consiglio di Stato sembrano distinguere con nettezza le sanzioni dagli altri provvedimenti dell'AGCM, la stessa precisione difetta alla Corte di cassazione, che ritiene inapplicabile l'art. 23 della legge n. 689 del 1981 in quanto incompatibile con la natura della giurisdizione amministrativa, la quale «resta giurisdizione di legittimità e non si estende al merito». La tutela nei confronti delle sanzioni è quindi assicurata solamente mediante il potere di annullamento per vizi di legittimità (incluso l'eccesso di potere) che il giudice può esercitare dopo una verifica dei fatti posti a fondamento del provvedimento, utilizzando le stesse conoscenze tecniche applicate dall'Autorità.<sup>21</sup>

Comunque, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, rispettoso in via generale delle valutazioni dell'AGCM, nel caso delle sanzioni tende a prediligere il diritto a un tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Quest'impostazione è consonante con quella dell'ordinamento comunitario: il regolamento n. 2003/01/CE attribuisce al Tribunale di primo grado e alla Corte di giustizia la competenza giurisdizionale «anche di merito» sui ricorsi presentati contro le decisioni sanzionatorie della Commissione, accordando loro il potere di «estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda» (art. 31).

Su questa base, i giudici di Lussemburgo si sono mostrati pronti a esaminare dettagliatamente le analisi economiche proposte dalla Commissione e ad annullarle quando le ritengono errate,<sup>22</sup> in quanto il riconoscimento di un margine di valutazione nel campo della concorrenza «non implica che il giudice

---

<sup>18</sup> Quest'impostazione è comunque criticata da coloro che preferirebbero una maggiore deferenza rispetto alle decisioni dell'AGCM: S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, Relazione al convegno organizzato dalla Fondazione Einaudi su "L'antitrust italiano: vent'anni di esperienza", Roma, 26 novembre 2010, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), critica la «sordità delle corti» che applicano alle Autorità amministrative indipendenti lo stesso metro di giudizio («hard look») cui fanno ricorso nel giudicare i provvedimenti delle amministrazioni tradizionali, senza riconoscere «la diversa natura delle autorità e il diverso modo di operare del principio di legalità». Si v. anche M. BELCREDI, *La sostanza e la forma*, pp. 477 e ss..

<sup>19</sup> A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI, A. PAJINO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2010, p. 165. Si v. anche S. SCREPANTI, *Il sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e sui poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in "Rassegna dell'Avvocatura di Stato", n. 1/2008, pp. 393 e ss..

<sup>20</sup> A. TRAVI *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in "Analisi giuridica dell'Economia", n. 2/2002, p. 430.

<sup>21</sup> Cass. SU, sent. 29 aprile 2005, n. 8882. Su questa pronuncia si v. P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in "Giorn. dir. amm.", n. 2/2006, pp. 179 e ss..

<sup>22</sup> ECCJ, sent. 31 marzo 1993, C-89/85, *Ahlstroem*.

comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica». <sup>23</sup>

La tesi delle giurisprudenza amministrativa è stata di recente recepita dal codice del processo amministrativo, che ha ribadito la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del TAR del Lazio (Roma) per tutti i provvedimenti dell'AGCM, precisando esplicitamente che il sindacato è esteso al merito quando riguarda le sanzioni pecuniarie. <sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> ECCJ, sent. 15 febbraio 2005, C-12/03, *Tetra Laval BV*. In letteratura si v. D. GERADIN, N. PETIT, *Diritto della concorrenza e ricorsi per annullamento nell'era della post-modernizzazione*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino 2006, pp. 245 e ss..

<sup>24</sup> A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, p. 106 ritiene che questo riparto di giurisdizione sia compatibile con l'art. 103 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale nella sent. 5 luglio 2005, n. 204.

*4. – Il sistema di controllo della giurisprudenza amministrativa al vaglio della Corte di Strasburgo: il carattere «penale» delle sanzioni dell'AGCM.*

Il ricorso della Menarini Diagnostic S.r.l. ha investito la Corte di Strasburgo del compito di valutare la conformità alla Convenzione del modello di sindacato sulle sanzioni dell'AGCM elaborato dalla giurisprudenza amministrativa.

In via preliminare, la Corte europea ha dovuto stabilire se le sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM potessero essere considerate delle «pene», ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU, perché solo in questo caso si sarebbe potuto valutare nel merito il ricorso, che invocava quella norma.

La questione è stata risolta agilmente, mediante l'applicazione dell'orientamento, consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, che fonda il riconoscimento del carattere «penale» di una misura su tre criteri, i quali possono operare separatamente o, se in questo modo non è possibile raggiungere una soluzione chiara, congiuntamente: la qualificazione data nel diritto interno alla norma violata, la natura di quest'ultima e le caratteristiche della sanzione comminata (tipo e afflittività).<sup>25</sup> Sulla base di questi parametri sono state considerate come «pene», ai sensi della Convenzione, anche delle sanzioni amministrative pecuniarie, perché la qualificazione data dal diritto interno – che nel caso di specie avrebbe condotto senza dubbio a escludere la natura «penale» delle sanzioni inflitte dall'AGCM – è il meno significativo dei tre indici.<sup>26</sup>

Dirimenti sono invece gli altri due criteri: in questo caso, secondo i giudici di Strasburgo, il carattere «penale» della sanzione derivava dalla natura della norma violata, volta a preservare uno degli interessi generali della società, la libera concorrenza sul mercato, e investita della stessa funzione che tradizionalmente viene affidata alle norme penali. Inoltre, la misura aveva lo scopo d'impedire che le condotte lesive fossero ripetute in futuro e aveva quindi tanto una finalità repressiva, quanto uno scopo di prevenzione. Anche l'elevato ammontare della somma che la società Menarini è stata costretta a pagare conferma che l'applicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU.

La qualificazione come «pene», ai sensi della Convenzione, delle sanzioni pecuniarie inflitte da un'autorità indipendente non desta particolare stupore, perché corrisponde a un orientamento costante nella giurisprudenza della Corte europea.<sup>27</sup>

È comunque interessante che la Corte abbia ritenuto che l'AGCM persegua un interesse pubblico (un «interesse generale della società»), dissentendo rispetto alla tesi avanzata dal Governo italiano.

*5. – La natura amministrativa dell'AGCM e la necessità di un controllo pieno sulle sue sanzioni.*

---

<sup>25</sup> ECtHR, sent. 8 giugno 1976, *Engel et al. v. The Netherlands*, nella quale è stata riconosciuta natura penale, ai sensi della CEDU, alle sanzioni inflitte ad alcuni soldati dai propri superiori per violazione della disciplina militare, in quanto comportavano la privazione – pur breve – della libertà personale. Secondo la Corte, in uno Stato di diritto appartengono alla materia penale – e devono rispettare i principi di legalità, proporzionalità e irretroattività – tutte le «deprivations of liberty to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental»,

<sup>26</sup> ECtHR, sent. 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, nella quale è stata qualificata come «pena», ai sensi della CEDU, una sanzione pecuniaria inflitta per violazione del codice della strada tedesco. Secondo la Corte, appartengono alla materia penale tutte quelle norme la cui violazione comporta una sanzione volta a fungere da deterrente, sia che essa abbia natura pecuniaria, sia che limiti la libertà personale. Per un'applicazione di questi principi da parte della Corte costituzionale italiana si v. la sent. n. 196 del 2010, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 186 del codice della strada nella parte in cui imponeva di confiscare il veicolo, qualora fosse stato accertato un reato di guida in stato di ebbrezza, anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma: dato che questo tipo di confisca è una «pena», ai sensi della Convenzione, non è possibile disporre l'applicazione retroattiva.

<sup>27</sup> ECmHR, rapp. 30 maggio 1991, *Stenuit c. France*, a proposito della *Commission de la concurrence* francese (istituita dalla legge n. 77-806 del 19 luglio 1977); ECtHR, dec. 3 dicembre 2002, *Lilly c. France*, a proposito del *Conseil de la concurrence* (istituito dall'*ordonnance* n. 86-1243 del 1 dicembre 1986, che è succeduto alla *Commission* e a seguito della legge n. 2008-776 del 4 agosto 2008 è stato a sua volta sostituito dall'*Autorité de la concurrence*).

Quanto alla natura dell'AGCM, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto come questa non fosse «*un juge*», né il procedimento che si svolge innanzi a essa potesse essere considerato «*une procédure judiciaire contradictoire*», aderendo così – pur senza richiamarlo – a quell'orientamento, ormai consolidato in giurisprudenza e diffuso in letteratura, che considera le autorità indipendenti delle pubbliche amministrazioni, pur peculiari.<sup>28</sup>

Proprio su questa base, nel caso *Menarini* il Consiglio di Stato aveva ritenuto manifestamente infondata la censura d'incostituzionalità proposta contro la legge n. 287 del 1990 per violazione degli artt. 3, 24 e 97 Cost., che sarebbe derivata dalla concentrazione in capo a un unico organo di funzioni istruttorie e decisorie: trattandosi di un organo amministrativo, i cui provvedimenti sono sottoposti a sindacato giurisdizionale, non vi sarebbero vincoli costituzionali alla discrezionalità legislativa in sede di regolazione dei confini tra funzione istruttoria e potere decisorio.<sup>29</sup>

Il carattere dell'AGCM, peraltro, non le preclude l'imposizione di misure sanzionatorie, perché le «pene», ai sensi della Convenzione, possono essere irrogate anche da un'autorità amministrativa, che non offra le garanzie strutturali e di procedura richieste dall'art. 6 CEDU, purché sia comunque assicurata all'interessato la possibilità di ricorrere a un organo giurisdizionale che, invece, presenti quei requisiti, e purché questo svolga un controllo pieno, sui fatti e sulle ragioni di diritto,<sup>30</sup> eventualmente riformando la decisione sanzionatoria.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Con riferimento all'AGCM parla di natura amministrativa, e non giurisdizionale o paragiurisdizionale, Cons. St., sent. 23 aprile 2002, n. 2199. Con riferimento al Garante per la protezione dei dati personali, Cass., sent. 20 maggio 2002, n. 7341 afferma che, nell'ordinamento italiano, «non esiste un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione». In letteratura si v. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, pp. 113 e ss.; M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, p. 6; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, p. 40; V. ANGIOLINI, *Le «autorità» alla ricerca dell'«indipendenza»*, in "Amministrare" n. 1-2/2000.

<sup>29</sup> Cons. St., sent. 16 marzo 2006, n. 1397, pt. 3.1.

<sup>30</sup> ECtHR, sent. 2 settembre 1998, *Kadubec c. Slovaquie*.

<sup>31</sup> ECtHR, sent. 13 febbraio 2003, *Chevol c. France*.

6. – *Il controllo in concreto esercitato dai giudici amministrativi.*

Nel caso di specie, secondo la Corte europea, da un lato la Menarini ha potuto impugnare la misura inflitta dall'AGCM innanzi agli organi italiani di giustizia amministrativa, che soddisfano i requisiti che caratterizzano un «tribunale» ai sensi dell'art. 6 CEDU, perché indipendenti sia dal potere esecutivo, sia dalle parti.<sup>32</sup>

Dall'altro, il Consiglio di Stato ha esercitato controllo pieno, prendendo in considerazione tutti i motivi di ricorso, riesaminando gli elementi di prova raccolti dall'Autorità e ribadendo che, nonostante al giudice non fosse consentito sostituire le proprie valutazioni tecniche opinabili a quelle dell'AGCM – dotata di una particolare competenza tecnica – poteva comunque censurarle «attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica».<sup>33</sup>

Sulla verifica effettuata da TAR e Consiglio di Stato, in verità, i membri della Corte hanno espresso posizioni sfaccettate.

In una *concurring opinion*, il giudice Sajò ha affermato che la legislazione italiana avrebbe richiesto un sindacato di mera legalità – incompatibile con l'art. 6 CEDU – ma che comunque non sussisteva alcuna violazione della Convenzione, perché la magistratura amministrativa, in questo caso, aveva svolto un controllo sul merito.

Diametralmente opposta la posizione del giudice Pinto de Albuquerque, che nella sua *dissenting opinion* ha ritenuto che TAR e Consiglio di Stato si siano limitati a ripercorrere la motivazione dell'Autorità, vagliando solo formalmente gli argomenti della ricorrente, senza operare quella valutazione «autonome, concrète et détaillée» della fattispecie concreta che l'art. 6 CEDU richiede. Il giudice dissenziente sosteneva che fosse la legge italiana a precludere al controllore di sostituire le proprie valutazioni tecniche a quelle dell'Autorità controllata, e auspicava un'evoluzione della giurisprudenza sulla base del nuovo codice del processo amministrativo, che esplicitamente prevede il controllo sul merito delle sanzioni (art. 134).

Tuttavia, come si è osservato, occorre distinguere tra il sindacato in via generale sui provvedimenti dell'AGCM e quello sulle sanzioni.

Probabilmente il giudice Pinto de Albuquerque è stato fuorviato dalle affermazioni della Corte di cassazione, che anche in questo caso ha riproposto la tesi secondo cui al giudice amministrativo non fosse consentito l'esercizio di un controllo «forte», con la sostituzione delle proprie valutazioni tecniche opinabili a quelle dell'Autorità.<sup>34</sup>

In verità, il controllo dei giudici di Palazzo Spada è stato più penetrante: il Consiglio di Stato ha ribadito che il suo sindacato «può giungere fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità anche attraverso un giudizio di merito sulla congruità della sanzione», sulla base del rinvio effettuato dall'art. 31 della legge n. 287 del 1990 alla legge n. 689 del 1981, che deve intendersi esteso anche all'art. 23.<sup>35</sup>

Il giudice amministrativo, in effetti, non ha disposto alcuna consulenza tecnica d'ufficio – il cui uso, comunque, è facoltativo – ma ha esaminato sia i documenti allegati dall'AGCM, sia quelli prodotti dalle società a loro difesa e ha giudicato, da un lato, che la definizione del mercato rilevante fosse stata motivata in maniera convincente e documentata e, dall'altro, che l'infrazione alle regole di concorrenza risultasse suffragata dai mezzi di prova raccolti (report, appunti, resoconti delle riunioni dell'associazione di categoria) che dimostravano i frequenti contatti e, soprattutto, gli scambi d'informazioni tra le imprese, in presenza dei quali il parallelismo dei loro comportamenti si colorava d'illiceità.<sup>36</sup>

Quanto alle richieste di ciascuna società di attenuare la rilevanza del proprio ruolo nel cartello in considerazione dell'assenza ad alcune riunioni e del comportamento virtuoso tenuto in alcune gare, il

<sup>32</sup> ECtHR, dec. 8 giugno 1999, *Predil Anstalt SA c. Italie*.

<sup>33</sup> Cons. St., sent. 16 marzo 2006, n. 1397, pt. 4.

<sup>34</sup> Cass. S.U., sent. 17 marzo 2008, n. 7063.

<sup>35</sup> Cons. St., sent. 16 marzo 2006, n. 1397, pt. 4.

<sup>36</sup> Il Consiglio di Stato sul punto richiama ECCJ, sent. 31 marzo 1993, C-89, *Pâtes de bois*.

Consiglio di Stato si è allineato alla giurisprudenza comunitaria, secondo la quale, una volta provata la partecipazione «a monte» a un'intesa, diviene irrilevante la partecipazione attiva ai singoli comportamenti attuativi «a valle».<sup>37</sup>

Infine, sulla quantificazione della sanzione, i giudici di Palazzo Spada hanno giudicato corretto l'operato dell'AGCM, che aveva diviso le imprese in quattro categorie, sulla base delle rispettive quote di mercato e della loro dimensione assoluta (considerando anche il gruppo di appartenenza), a ciascuna delle quali aveva irrogato una sanzione di diversa entità, e aveva ulteriormente diminuito la condanna per una società, la cui partecipazione era stata reputata effettivamente più limitata.

La Corte europea ha dunque giustamente rigettato il ricorso della Menarini, perché il sindacato esercitato dal Consiglio di Stato nel caso di specie «*n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité*», ma si estendeva all'esame dei presupposti della decisione, della sua proporzionalità e delle valutazioni tecniche che la sorreggevano, al fine di verificare se – «*par rapport aux circonstances particulières de l'affaire*» – l'AGCM avesse fatto buon uso dei propri poteri.

#### *7. – I riflessi per l'Unione europea e il problema degli altri provvedimenti.*

Il sindacato «intrinseco», comprensivo anche delle valutazioni tecniche, e «forte», con la possibilità di sostituire la misura, esercitato nel caso di specie dal Consiglio di Stato è stato dunque considerato compatibile con l'art. 6 CEDU.<sup>38</sup>

L'intensità del controllo effettuato nel caso *Menarini*, in cui peraltro si sono applicati criteri ormai diffusi nella giurisprudenza amministrativa, rappresenterà quindi il parametro cui dovranno attenersi TAR e Consiglio di Stato nel giudizio sulle sanzioni irrogate dall'AGCM.

Considerato che i giudici amministrativi, in quest'ambito, si sono allineati alla giurisprudenza comunitaria, la decisione della Corte di Strasburgo rappresenta una buona notizia anche per l'Unione europea, in vista del suo prossimo ingresso tra i firmatari della Convenzione europea: anche lo standard abitualmente applicato dalla Corte di giustizia nel giudizio sulle sanzioni inflitte dalla Commissione dovrebbe risultare compatibile con l'art. 6 CEDU.

Tuttavia gli ordinamenti italiano e comunitario prevedono il sindacato sul merito, rispettivamente, solo sulle sanzioni pecuniarie applicate dalle Autorità amministrative indipendenti (art. 134 c.p.a.) e avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora (art. 31, reg. 2003/01/CE).

È però possibile che anche misure diverse da quelle pecuniarie siano considerate delle «pene», ai sensi dell'art. 6 CEDU: si pensi alle decisioni che rendono obbligatori gli impegni presentati dalle imprese al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali accertati dall'AGCM (maggiori dubbi, invece, sollevano i provvedimenti che vietano o sospendono una concentrazione perché, in questo caso, lo scopo perseguito non è deterrente ma piuttosto preventivo). Anche in questi casi, il sindacato del giudice, per evitare d'incorrere in una violazione dell'art. 6 CEDU, dovrebbe essere di tipo «forte».

A prescindere da questi interrogativi, da Strasburgo proviene un messaggio inequivocabile: nel difendere i loro provvedimenti sanzionatori, le Autorità amministrative indipendenti non possono spendere l'argomento della loro specializzazione tecnica per limitare il sindacato del giudice. In questi casi, il punto di bilanciamento tra le esigenze di efficienza dell'azione amministrativa e la garanzia del diritto a una tutela giurisdizionale piena deve tendere verso quest'ultimo obiettivo.

<sup>37</sup> ECCJ, sent. 7 gennaio 2004, C-204/00, *Aalborg*.

<sup>38</sup> S. GOBBATO, *Art. 6 CEDU e sindacato giurisdizionale dei provvedimenti delle "Autorità amministrative indipendenti"*, sottolinea che, al fine di evitare la violazione della Convenzione, la giurisdizione di TAR e Consiglio di Stato dovrà essere piena sia sulla sanzione, sia sulla decisione tecnica presupposta.